

Id Cendoj: 28079120012009101198
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 137/2009
Nº de Resolución: 1287/2009
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- TRÁFICO DE DROGAS. * Concepto extensivo de autor previsto en el art. 368 C.P.
Excepcional estimación de la complicidad: indicación a un drogadicto del lugar donde se vende droga.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil nueve

En los recursos de casación por infracción de *ley, de preceptos constitucionales y uno* de ellos también por quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por los acusados **Eliseo , Esperanza , Indalecio , Millán , Milagrosa y Teodosio** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, que les condenó por delito contra la salud pública, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados: Eliseo y Esperanza por la Procuradora Sra. Arroyo Robles; Indalecio y Millán por la Procuradora Sra. Sanz Amaro y Milagrosa y Teodosio por la Procuradora Sra. Martínez Tripana.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción nº 1 de Málaga, incoó Procedimiento Abreviado con el número 169/2007 (antes Dilig. Previas nº 6195/07) y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Octava, con fecha dos de septiembre de dos mil ocho dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Los días 12, 13 y 17 de julio de 2007, la acusada Esperanza , que reside junto con su compañero sentimental Eliseo en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 NUM000 de Málaga, se dedicó a vender en su vivienda y en las proximidades de la misma, a terceras personas, las drogas que causan grave daño a la salud conocidas como cocaína y heroína, así como revuelto de dichas sustancias, contando para ello con la colaboración de otras personas, también acusadas en las presentes actuaciones, que captaban a los consumidores en las inmediaciones del lugar y los conducían hasta Esperanza .

SEGUNDO.- *En concreto, el día 12 por la mañana el acusado Millán contactó con Belarmino y Esteban y los condujo hasta el lugar donde se encontraba Esperanza , quien procedió a vender al primero de ellos tres papelinas de revuelto de heroína y cocaína con un peso de 0,29 gr. una pureza del 9,99% la cocaína y un 7,39% la heroína y un valor en el mercado ilícito de 14,58 euros; y al segundo dos papelinas, siendo una de ellas de cocaína con un peso de 0,34 gr., una pureza del 77,96% y un valor en el mercado ilícito de 43,88 euros y la otra de heroína con un peso de 0,20 gr., una pureza del 7,25% y un valor en el mercado ilícito de 6,62 euros.*

TERCERO.- *Ese mismo día 12 Milagrosa realizó operaciones similares a las descritas en el apartado anterior, entrando en contacto con diversos consumidores de droga que pretendían adquirir tales sustancias y conduciéndoles hasta Esperanza , que procedía a hacerles entrega de lo que dichos toxicómanos*

reclamaban.

En concreto, la Sra. Milagrosa puso en contacto a los siguientes compradores con Esperanza .

- Luis Andrés , que adquirió 1 papelina de heroína con un peso de 0,12 gr. una pureza del 6,76% y un valor en el mercado ilícito de 3,70 euros. Mientras esta operación se llevaba a cabo, Millán realizaba funciones de vigilancia para garantizar el buen desarrollo de la misma.

- Bernardino , que compró 2 papelinas de cocaína con un peso de 0,14 gr. una pureza del 83,94% y un valor en el mercado ilícito de 19,46 euros.

- Gaspar , que adquirió 2 papelinas de cocaína con un peso de 0,10 gr. una pureza del 77,18% y un valor en el mercado ilícito de 12,78 euros.

- Maximino , que adquirió 1 papelina de heroína con un peso de 0,16 gr., una pureza del 7,11% y un valor en el mercado ilícito de 5,19 euros.

- Victorino , que adquirió 1 papelina de revuelto de heroína y cocaína con un peso de 0,11 gr. una pureza del 6,24% la heroína y del 46,58% la cocaína y un valor en el mercado ilícito de 11,61 euros.

- *El testigo protegido nº 1, que compró 2 papelinas de heroína con un peso de 0,5 gr., una pureza del 6,64% y un valor en el mercado ilícito de 15,15 euros y tres de cocaína con un peso de 0,18 gr. una pureza del 74,12% y un valor en el mercado ilícito de 22,09 euros.*

CUARTO.- El día 13 por la mañana el acusado Teodosio contactó con Anselmo y lo llevó hasta el lugar donde se encontraba Esperanza , quien procedió a vender al mismo una papelina de cocaína con un peso de 0,06 gr., una pureza del 68,27% y un valor en el mercado ilícito de 6,78 euros y tres papelinas con un peso de 0,30 gr. una pureza del 6,98% y un valor en el mercado ilícito de 9,55 euros.

También se acercó el Sr. Genaro a Romulo , con quien se introdujo en el edificio donde reside Esperanza , saliendo poco después ambos hombres y ocupándose en poder de Romulo una papelina de heroína.

QUINTO.- Ese mismo día el acusado Indalecio contactó con Basilio y Eulalio y los condujo hasta el lugar donde se encontraba Esperanza , quien procedió a vender al primero de ellos dos papelinas de cocaína con un peso de 0,11 gr., una pureza del 77,62% y un valor en el mercado ilícito de 14,14 euros; y al segundo una papelina de heroína con un peso de 0,13 gr. una pureza del 6,61% y un valor en el mercado ilícito de 3,92 euros.

SEXTO.- El día 17 Esperanza efectuó las siguientes operaciones de venta en el interior de su vivienda:

- A Dimas le entregó una papelina de cocaína con un peso de 0,05 gr., una pureza del 78,17% y un valor en el mercado ilícito de 6,47 euros.

- A Jeronimo una papelina de revuelto de heroína y cocaína con un peso de 0,11 gr., una pureza del 48,46% la cocaína y 5,42% la heroína y un valor en el mercado ilícito de 11,55 euros.

- A Roque dos papelinas de heroína con un peso de 0,11 gr., una pureza del 7,33% y un valor en el mercado ilícito de 6,68 euros y una papelina de cocaína con un peso de 0,06 gr. una pureza del 76,56% y un valor en el mercado ilícito de 7,60 euros.

- A Belarmino cuatro papelinas de cocaína con un peso de 0,20 gr. una pureza del 87,86% y un valor en el mercado ilícito de 29,09 euros y dos papelinas de heroína con un peso de 0,34 gr. una pureza del 7,64 % y un valor en el mercado ilícito de 11,62 euros.

SÉPTIMO.- El día 19 de julio de 2007 se procedió a efectuar con la correspondiente autorización judicial un registro en el domicilio de Esperanza y Eliseo y al entrar en la vivienda los agentes policiales que llevaban a cabo el registro se encontraron a dichos acusados preparando papelinas sentados junto a una mesa situada a la entrada, intentando Esperanza deshacerse de parte de las sustancias que estaba manipulando arrojándolas al inodoro, lo que dichos agentes pudieron impedir.

En el inmueble se intervino una papelina de heroína con un peso de 4,68 gr., una pureza del 7,62%

y un valor en el mercado ilícito de 162,72 euros; seis papelinas de cocaína con un peso de 11,25 gr., una pureza del 69,32% y del 83,30% y un valor en el mercado ilícito de 1.188,36 euros; un trozo de cannabis con un peso de 85 gr. y un valor en el mercado ilícito de 3,81 euros; y cincuenta comprimidos de Tranquimazín (Alprazolam) con un valor de 202 euros; sustancias todas que los moradores de la vivienda poseían para su posterior distribución y venta.

También se encontró un molinillo, un cazo de cocina, tres cuchillas metálicas y una copa metálica, objetos todos con restos de drogas, que los dichos acusados usaban para preparar y distribuir la droga en papelinas, así como también 545 euros fruto de anteriores ventas de droga, un encendedor tipo soplete de los usados en el sellado de las papelinas, recortes de plástico, tres bolsas de plástico en las que se habían efectuado recortes circulares, varias pistolas de aire comprimido y fogueo, joyas y quince proyectiles del calibre 38 especial, entre otros efectos.

En poder de Eliseo se encontró un trozo de cocaína en roca con un peso de 1,91 gr., una pureza del 85,76% y un valor en el mercado ilícito de 271,18 euros que pensaba destinar a su posterior venta.

OCTAVO.- Milagrosa y Millán llevaron a cabo los hechos descritos debido a su adicción a las drogas, teniendo por ello parcialmente afectadas sus facultades psíquicas y volitivas.

NOVENO.- Los acusados carecen de antecedentes penales en vigor, salvo el Sr. Millán que sí los tiene, si bien no son computables a efectos de reincidencia".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS:

PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos a Esperanza y a Eliseo como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **tres años y seis meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y **multa de 7.000 euros** con el apremio personal de 20 días si no hicieran efectiva dicha multa en el término de 5 audiencias, condenándoles igualmente al pago de un sexto de las costas procesales causadas, a cada uno de ellos.

SEGUNDO.- Que debemos condenar y condenamos a Teodosio y a Indalecio como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **tres años prisión** con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y **multa de 18 euros** con el apremio personal de 5 días si no hicieran efectiva dicha multa en el término de 5 audiencias, condenándoles igualmente al pago de un sexto de las costas procesales causadas, a cada uno de ellos.

TERCERO.- Que debemos condenar y condenamos a Milagrosa y a Millán como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, concurriendo la atenuante analógica de drogadicción, a la pena de **tres años prisión** con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad y **multa de 200 euros** con el apremio personal de 5 días si no hicieran efectiva dicha multa en el término de 5 audiencias, condenándoles igualmente al pago de un sexto de las costas procesales causadas, a cada uno de ellos.

Para el cumplimiento de dicha pena será de abono a los condenados el tiempo que hayan estado privados de libertad por la presente causa.

Se decreta el comiso de la droga intervenida, dinero y efectos intervenidos, a lo que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y uno de ellos también por quebrantamiento de forma, por los acusados Eliseo, Esperanza, Indalecio, Millán, Milagrosa y Teodosio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución,

formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

4. El recurso interpuesto por la representación de los acusados **Eliseo y Esperanza**, se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN: Único.-** Por infracción de *ley*, por entender que la resolución recurrida incurre en los dos vicios que abren la posibilidad de casación conforme a lo dispuesto en la vigente Ley procesal penal. De un lado se alega la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso penal con todas las garantías, *art. 849-2º L.E .Criminal*. Igualmente se sustancia el recurso por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el *art. 849-1 L.E.Cr* . por aplicación indebida de los *arts. 368 y 369.6º del C.Penal* . Se plantea fundamentalmente el recurso por violación de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva de los condenados y a un proceso judicial penal con todas las garantías *arts. 24.1 y 2 C.E* . Y se argumenta finalmente por quebrantamiento de forma por no manifestar la sentencia ni expresar clara y de forma terminante cuáles son los hechos que se consideran probados.

El recurso interpuesto por la representación de los acusados **Indalecio y Millán**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Por vulneración del precepto constitucional de presunción de inocencia, recogido en el *art. 24.2* de la Constitución española, al amparo del *art. 5.4 LOPJ*. **Segundo .-** Por vulneración del precepto constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el *art. 24* de la Constitución española, al amparo del *art. 5.4 LOPJ*. **Tercero .-** Por infracción de ley, al amparo del *art. 849-1º L.E.Cr* . por infracción de los *arts. 368, 369.1 C.P* . y por aplicación indebida de los *arts. 27 y 28 e inaplicación del 29 C.P*. **Cuarto .-** Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el *art. 849-2º L.E.Cr* . por error en la apreciación de la prueba. **Quinto.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del *art. 851.1 de la L.E .Criminal*.

Y el recurso interpuesto por la representación de los acusados **Milagrosa y Teodosio**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Al amparo del *art. 5.4 LOPJ* . aprobada por *Ley 6/1985 de 1 de julio* , por cuanto consideran que la sentencia recurrida ha vulnerado el principio de presunción de inocencia consagrado en el *art. 24.2* de la Constitución española tanto de Milagrosa como de Teodosio . **Segundo.-** Dicha defensa **renuncia a formalizar este motivo** al amparo del *art. 5.4 LOPJ*. **Tercero .-** Dicha defensa **renuncia a formalizar este motivo** por infracción de *Ley*, *art. 849-1 L.E.Cr*. **Cuarto.-** Se formaliza este motivo al amparo del *art. 849.1 L.E.Cr* . por aplicación indebida de los *arts. 27, 28 e inaplicación del art. 29, todos ellos del Código Penal* , motivo de recurso que se formaliza en defensa tanto de Milagrosa como del otro condenado Teodosio . **Quinto.-** Al amparo del *art. 849.2 L.E.Cr* . al entender que se ha producido error en la apreciación de la prueba y en concreto se señala al efecto el atestado policial a los foilos 24, 25 y 26 de las actuaciones, declaración del testigo protegido y cada uno de los compradores de la droga. **Sexto.-** Dicha defensa **renuncia a la formalización de este motivo** al amparo del *art. 849. 2 L.E.Cr*. **Séptimo .-** Por último dicha defensa **renuncia a la formalización de este motivo** al amparo del *art. 851.1 de la L.E.Cr* .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos se pidió la inadmisión de todos los motivos alegados en los mismos; la Sala admitió a trámite dichos recursos y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 9 de Diciembre del año 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Eliseo y Esperanza .

PRIMERO.- En **motivo único** ambos recurrentes realizan una serie de alegaciones inconexas, sin orden ni sentido, aglutinando una serie de motivos impugnativos, sobre los que a continuación no se aportan razones que los sustenten.

1. Así, entre los motivos es posible entresacar con dificultad los siguientes, incluidos en un primer apartado:

a) vulneración de la tutela judicial efectiva por falta de motivación o argumentación para enervar el principio de culpabilidad, sin citar cauce procesal.

b) error en la apreciación de la prueba (*art. 849-2 L.E.Cr* .) por la equívoca interpretación de los indicios, declaraciones y documentos.

c) ausencia de la más mínima actividad probatoria de descargo (debió decir de cargo) que enervara la

presunción de inocencia.

En el segundo apartado, a través de la vía del *art. 849-1º L.E.Cr.*, estima indebidamente aplicados los *arts. 368 y 369-6º C.Penal* (este último no se aplicó), así como la incorrecta aplicación del *art. 66-7 y 21-2 de la Constitución (debe querer decir del Código Penal)*.

En un tercer apartado denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (*art. 24-1º y 2º C.E.*).

Por último, en un cuarto epígrafe, se hace referencia, sin concretar más, a los vicios de falta de claridad en los hechos probados, contradicción en los mismos y predeterminación del fallo (*art. 851-1º L.E.Cr.*) completados por la alegación de incongruencia omisiva (*art. 851-3 L.E.Cr.*).

2. En el apartado de alegaciones doctrinales y legales, se afirma sin más, que los acusados desconocían la sustancia, peso, calidad y pureza de la droga que transportaban, cuando no se les acusa de ningún transporte. Afirman igualmente que ninguno de los dos recurrentes reconoció su culpabilidad o participación en los hechos.

De forma incoherente y sin proponerla en la instancia, ni siquiera en el enunciado de motivos, alude a la concurrencia del estado de necesidad en los acusados, interesando la aplicación del *art. 20.5 y 6º del C.Penal*, situación que debió deducirse de su propio testimonio y del conjunto de las circunstancias personales y familiares concurrentes en ellos, interesando alternatively que de no estimarse la eximente completa, se aprecie la incompleta o incluso la atenuante analógica.

Por último se nos dice que se ha apreciado erróneamente, sin concretar más, el peso y la pureza de la sustancia intervenida, como indicando supuestamente que no alcanzaba los mínimos psicoactivos. Sostiene igualmente que los hechos probados no concuerdan con las pruebas practicadas.

3. El caótico y desordenado recurso impide dar una respuesta específica a cada uno de los aspectos del mismo, dado su irregular planteamiento, contrario a todo lo establecido en el *art. 874 L.E.Cr.*

No obstante en aras a la tutela judicial efectiva se tratará de dar respuesta a las aglutinadas pretensiones, sin argumentos o quejas específicas relativas a vicios formales o de fondo de los que podría adolecer la sentencia. Así, ningún quebrantamiento de forma se aprecia, como de la lectura de los hechos probados claramente se comprueba, no existiendo contradicción interna entre ellos, ni mucho menos se deslizan conceptos jurídicos predeterminantes del fallo ni se aprecia ninguna incongruencia omisiva. Los vicios formales se mencionan en abstracto sin ninguna referencia al caso concreto.

Acerca del *error facti*, ningún documento se menciona, ni se precisa en que medida o aspectos debía alterarse el *factum*.

En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales, queda descartada cualquier violación, ya que la sentencia da respuesta a las pretensiones de las partes (aunque no sea favorable a los recurrentes) y en orden a la presunción de inocencia que parece apuntarse, existen pruebas integradas por los testimonios de los agentes y las drogas y utensilios hallados en el registro de la casa, así como la droga incautada a los adquirentes, debidamente analizada, que justifican sobradamente el tenor de los hechos probados.

En modo alguno se puede hablar de dosis mínimas psicoactivas, en tanto superaban con mucho los mínimos señalados por la doctrina de esta Sala y ello era comprobable al disponer de la cantidad, calidad y pureza de las drogas que permiten conocer el grado de dañosidad de las sustancias intervenidas.

Ninguna base probatoria existe que permita estimar el estado de necesidad, que no ha sido planteado, hasta ahora, en ninguna fase del proceso.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

Recurso de Indalecio y Millán.

SEGUNDO.- En el motivo primero, a través del cauce procesal previsto en el *art. 5-4 LOPJ*, alegan vulneración del derecho a la presunción de inocencia (*art. 24-2 C.E.*).

1. Entre las razones que exponen son de destacar la ausencia de prueba testifical, que pudo ser

esclarecedora, relativa a personas distintas a los agentes, en particular los drogodependientes que eran acompañados al lugar donde se vendía la droga, y cuya ausencia la atribuyen a un error del escrito de calificación provisional del Mº Fiscal; los testimonios de los policías en lo relativo a la conducta de los acusados, sólo tiene el carácter de mera "referencia"; y en cualquier caso no acredita que los recurrentes formaran parte del entramado en la venta de drogas.

Reconoce que tanto acusados como policías nacionales reconocieron que en la zona en que se desarrolló el episodio criminal se traficaba con droga, pero localizada la casa de Esperanza y su pareja al fondo del portal era imposible que los agentes pudieran presenciar las transacciones que en el interior de la vivienda pudieran hacerse.

2. Aunque son ciertos algunos aspectos de la protesta, no son suficientes para estimar el motivo que se articula. Es posible que las probanzas resulten débiles e incluso inexistentes para acreditar que los acusados formaban parte del entramado criminal, lo que puede tener relevancia en el juicio de subsunción en lo relativo al grado de participación de los mismos, pero en orden a la desvirtuación o enervación del derecho presuntivo no puede acudirse a las pruebas que pudieran practicarse y no se practicaron, ya que no han sido tenidas en cuenta. En efecto, los testimonios de los drogadictos adquirentes de las dosis tóxicas no han declarado en juicio y su testimonio en el sumario no puede tenerse en consideración, porque ni siquiera se pidió su lectura.

Habría que acudir a la prueba legítimamente practicada en juicio y entre ella podemos destacar:

a) el testimonio de los policías nos permite acreditar que en zona de venta de drogas y por efecto de vigilancias y seguimientos, se advierte el trasiego de sujetos conocidamente adictos al lugar de venta a donde eran acompañados por los acusados.

b) los mismos agentes testimoniaron que una vez han abandonado el inmueble les siguieron para que entregasen la droga adquirida, que es remitida a los laboratorios oficiales donde es analizada, constituyendo cocaína y heroína, sustancias tóxicas que causan grave daño a la salud.

c) a continuación se solicita y concede mandamiento judicial de entrada y registro a la vivienda donde habían conducido a los drogadictos, en cuya acta (prueba documental) se intervienen sustancias tóxicas, que analizadas debidamente, son de la misma naturaleza y características que las intervenidas a los consumidores que allí acudían.

d) junto a la droga intervenida se ocupan distintos artilugios o instrumentos y objetos destinados a la confección de las papelinillas de cocaína y heroína (revuelto) que los vendedores ofertaban a los terceros compradores.

Pues bien, identificados los acusados, como los acompañantes de estos drogadictos al lugar de suministro, queda probada la conducta que se les imputa, lo que elimina cualquier ataque al derecho a la presunción de inocencia.

Cosa distinta será que tal comportamiento merezca la calificación de "intermediación" o secundaria y accidental colaboración en la venta de drogas, circunstancia que deberá analizarse en un motivo por infracción de ley.

Pero el presente no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo se formaliza, vía *art- 5-4 LOPJ* ., por violación de precepto constitucional, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva sin producir indefensión (*art. 24 C.E.*).

1. Al recurrente Indalecio no se le permitió la práctica de la prueba pericial del médico forense después de haber sido admitida para que tuviera lugar con carácter previo a la vista oral.

El derecho de defensa se ha resentido -en opinión del recurrente- ya que con la documentación aportada (folios 165 a 169), Tomo I del Juzgado de instrucción y los 26 documentos presentados en juicio, se dispone de datos sobrados para que un especialista lo conceptuase como afecto a la drogadicción.

Merecen especial relieve los documentos integrados por el "carnet" de citas y seguimiento del Centro provincial de drogodependencia de la Junta, Historia 146 del seguimiento de la trabajadora social, programa de tratamiento con metadona, guía de dispensación 11-mayo-2007 y medicación con antidepresivos.

Concluye el recurrente afirmando que aun cuando no tendrá repercusión en la pena la estimación de una atenuante al haberse sido impuestas las penas mínimas legales, podría afectar a la concesión de la suspensión de pena prevista en el *art. 87 del C.Penal* .

2. Es cierto que el recurrente Indalecio , en su escrito de calificación provisional (fol. 402 Vol. II del Juzgado de instrucción), interesa la práctica de la prueba pericial forense antes del juicio, accediendo el tribunal a tal petición. También es cierto que comenzadas las sesiones del plenario quedó sin practicar y la interesó de nuevo (véase fol. 2 del acta del juicio), pero no es menos cierto que la imposibilidad de su práctica, como consta en acta, fue culpa exclusiva del propio recurrente, que por todos los medios fue citado de comparecencia al juzgado para que fuera examinado médicamente y no concurrió a ninguno de los llamamientos.

Al denegarse en juicio el acusado no interesó la suspensión para su práctica ni hizo la correspondiente protesta. Así pues, en vista de la situación creada, la Audiencia Provincial actuó correctamente prescindiendo de la prueba solicitada. Ello bastaría para rechazar el motivo.

3. No obstante, la única ventaja para el acusado en caso de apreciación de la atenuante la hace residir en la aplicación del *art. 87 del C.P* . en ejecución de sentencia. Sobre este particular hemos de afirmar que tal beneficio en la ejecución de la pena no se supedita a la apreciación de la atenuante de drogodependencia en la sentencia condenatoria, bastando que el hecho se hubiera cometido a causa de su dependencia a las sustancias referidas en el *nº 2 del art. 20 C.P* ., situación que deberá resolverse en el trámite de ejecución.

Sobre esta hipótesis, ya se pronunció la Fiscalía del Tribunal Supremo (Consulta 4/1999 de 17 de septiembre, seguida de otra posterior 1/2005 de 31 de marzo) criterio interpretativo corroborado por la sentencia del T. *Constitucional nº 222/2007 de 8 de octubre* -como nos recuerda el Fiscal- y por esta Sala de casación, S.T.S. nº 546/2007 de 12 de junio .

Conforme a tal doctrina se pueden producir los supuestos que el Fiscal apunta:

a) que se recoja en la sentencia la atenuante de drogodependencia en cuyo caso habrá que partir de tal dato en ejecución sin posibilidad de ser revisado.

b) que después de practicada prueba sobre la atenuación se efectúen los siguientes pronunciamientos:

- la no adicción del sujeto a las sustancias del *art. 20-2º* .

- reconocimiento de su adicción, pero no acreditamiento de su influencia o relación con el delito cometido.

En este caso tampoco será posible al práctica de nuevas pruebas en ejecución de sentencia y se deberá partir de esos pronunciamientos, todo ello por el respeto a la cosa juzgada material.

c) si finalmente en juicio no se practicó prueba alguna, ni se debatió la cuestión, ante la falta de pronunciamiento de la sentencia, no impedirá que en el trámite de "audiencia de las partes" contemplado en el *art. 87* puedan éstas solicitar o aportar las pruebas necesarias para acreditar que la condición de drogadicto fue determinante para la comisión del delito, con el que se hallaba en una relación teleológica.

4. Dicho ésto, resulta que la declaración de nulidad para la práctica de la prueba omitida, en el supuesto de que no hubieran concurrido los déficit formales expuestos en el apartado 1º de este motivo, podría ser perjudicial a los efectos de la aplicación del *art. 87 C.Penal* que es la única razón que impulsa al recurrente a formalizar el motivo.

En cualquier caso la negligencia en que incurrió en su día, no facilitando la práctica de la prueba podría suplirla en ejecución de sentencia, con la misma posibilidad que repitiendo el juicio, aunque sólo fuera para este recurrente, y de ese modo no se resentiría el derecho a no soportar dilaciones indebidas, todo lo cual debe añadirse a la omisión de las exigencias formales impuestas por ley para la admisión del motivo.

Por lo expuesto el motivo debe claudicar.

CUARTO.- Por renuncia del tercero **en el cuarto** se alega infracción de ley por error de hecho del *art. 849-2 L.E.Cr.*

1. El error apreciativo del tribunal lo hacen residir los impugnantes en las declaraciones del testigo protegido nº 1 y de Eulalio , obrantes a los folios 24, 25 y 26, que los cita como documentos.

2. El motivo no puede ser admitido dados los términos en que se plantea ya que, como tiene reiteradamente afirmado esta Sala, no se reputan documentos a efectos casacionales por *error facti* las declaraciones testificales, aunque se hallen documentadas, ya que su fuerza probatoria deriva de la credibilidad que ofrezca al tribunal el testigo, que debe ser apreciada directamente por el tribunal sentenciador como efecto de la inmedición de que disfruta aquél y de la que carece el Tribunal de casación.

El motivo debe rechazarse.

3. Constituye una repetición del mismo el **motivo quinto** que, aunque se enuncia como quebrantamiento de forma del *art. 851-1º L.E.Cr.* , nada se dice sobre ello, fuera de su simple cita. En el desarrollo escueto del motivo (10 líneas), reitera el *error facti* del precedente, por lo que la suerte desestimatoria ha de ser la misma.

Recurso de Milagrosa y Teodosio .

QUINTO.- En el **primer motivo** , planteado al amparo del *art. 5-4 LOPJ* . se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

1. Estiman insuficiente la prueba que acredite sin ningún género de duda que los acusados desarrollaron una labor de intermediación en la venta de papelinas, faltando el testimonio de los testigos que compraron las papelinas para clarificar el alcance de la conducta de los dos recurrentes.

La sentencia -en su opinión- no explica suficientemente la razón por la que estima que ambos intervinieron "en la intermediación" mediante la captación de compradores y su conducción al lugar donde se encontraba la persona que vendía la droga. La única prueba que puede avalar esta idea es el testimonio de los agentes de policía y la incautación de la droga a los vendedores y compradores. Lo que queda claro es que en ningún caso presenciaron directamente el hecho del intercambio ni la directa participación de los censurantes.

Los testigos adquirentes de la droga no fueron citados, ni sus declaraciones se oyeron en el juicio oral, conforme al *art. 730 L.E.Cr.* , por lo que carecen de valor probatorio. Falta, por tanto, la determinación del alcance de la participación, porque nunca se han podido conocer las conversaciones entre los compradores y los recurrentes.

2. Los argumentos del motivo son en buena medida atendibles, aunque no permite la estimación del motivo, porque aún faltando elementos de juicio que permitan conocer los términos de la participación delictiva, lo que aparece nítidamente probado por las pruebas que ya analizamos con anterioridad en el correspondiente motivo de uno de los recurrentes, los acusados condujeron a los compradores al domicilio donde se vendía la droga para que pudieran abastecerse de ella. Ahora bien, no se ha probado más que eso, y la duda surge, si la conducta acreditada por legítimas pruebas de cargo, con exclusión de la testifical de los no policías, es suficiente para demostrar un comportamiento propio de autor o por el contrario su intervención no pasó de la de mero cómplice.

Las pruebas sólo demostraron el acercamiento entre comprador y vendedor propiciado por los acusados recurrentes. Cualquier otro comportamiento delictivo no ha sido probado, aunque ello afectará al juicio subsuntivo, que analizaremos en el motivo 4º. El presente debe desestimarse, a pesar de las deficiencias probatorias que no acreditan una aportación causal al hecho delictivo más allá del enlace entre vendedor y comprador, con exclusión de cualquier acuerdo o concierto entre estos acusados y los vendedores de droga.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Por **renuncia del 2º y 3º motivos** , **en el cuarto** , con amparo procesal en el *art. 849-1º L.E.Cr.* (corriente infracción de ley) se estima inaplicable el *art. 29 y aplicado indebidamente el 28, todos del C.Penal* .

1. Partiendo del más absoluto respeto a los hechos declarados probados, en ellos se le imputa a Milagrosa que: *"entrando en contacto con diversos consumidores de droga que pretendían adquirir tales sustancias y conduciéndoles hasta Esperanza procedía a hacerles entrega de lo que dichos toxicómanos le demandaban"*. Por su parte la conducta inculpativa descrita en el factum en relación a Teodosio consistió en que *"contactó con Anselmo y lo llevó hasta el lugar donde se encontraba Esperanza quien procedió a vender al mismo....."*.

Ni se acreditan complementarias acciones de vigilancia, ni connivencia con la vendedora, ni que fueran retribuidos sus servicios, siquiera fuera con alguna dosis de droga, en caso de que alguno de ellos fuera consumidor. Ante tal panorama probatorio es indudable el carácter secundario, accesorio y meramente auxiliador de la conducta de los recurrentes, aunque es obvio reconocer que indirectamente contribuyeron con actos no necesarios a favorecer el consumo de droga.

Invocan jurisprudencia de esta Sala que califica de cómplice a la persona que se limita al mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores, que es lo que se declara probado.

2. Los recurrentes poseen razón. Si nos atenemos a los aspectos huérfanos de prueba a que nos referimos en el motivo primero, es incontestable el desconocimiento de en qué términos los acusados contactaban con los adictos en busca de droga, ignorando si aquéllos demandaban información o éstos eran los que tomaban la iniciativa para informales de los puntos de venta. Tampoco aparece acreditado, ni nada se afirma, ni en el factum ni en la fundamentación jurídica, acerca de cualquier concierto o connivencia de los acusados con los vendedores, lo que impide incorporarlos a la trama vendedora. Igualmente se desconoce la existencia de prestación o alguna contraprestación por la actividad desarrollada.

Podría generar ciertas dudas la expresión contenida en el primer apartado del factum de que los vendedores *"contaban para ello con la colaboración de otras personas"*, pero la duda generada sobre un posible concierto debe desvanecerse en favor del reo, a falta de otras probanzas, como dijimos en el motivo primero de estos recurrentes.

De todo el factum se comprueba que Milagrosa contactó exclusivamente el día 12 de julio de 2007 con 6 consumidores que les indicó y condujo al lugar donde estaba la droga. Teodosio condujo a dos drogodependientes el día siguiente, entrando dichos adictos en la casa donde se vendía (por lo menos en el portal, ya que la vivienda se hallaba al fondo y la fuerza policial no distinguía quien llegaba hasta el final), lo cierto es que a la salida, sólo poseía droga el drogodependiente comprador, pero no Teodosio, a quien no se le encontró ni droga ni dinero que pudiera dar base a que desplegaba una actividad concertada recomendando el piso de Esperanza.

3. Ante tal penuria probatoria la calificación jurídica de la participación en los hechos no puede ser otra que la de cómplice.

Es conocida la doctrina de esta Sala reacia a admitir formas imperfectas de ejecución del hecho y de participación en él, dados los términos amplios y flexibles del tipo previsto en el art. 368, que consagra un concepto extensivo de autor, circunstancia que no ha impedido la aplicación de las normas generales de nuestro Código y en aquellos supuestos en que la colaboración es mínima, secundaria, accesorio, sustituible o no imprescindible (piénsese que el día 15 de junio de 2007, Esperanza vendió droga a terceros sin ninguna colaboración) no existe obstáculo jurídico alguno para ser calificados de complicidad.

Así, nuestra jurisprudencia después de reconocer el carácter excepcional de la complicidad (nº 114/2007 de 22 de enero) ha llevado a cabo enumeraciones de intervenciones, nimias o sencillas, que podrían ser castigadas en grado de complicidad (cfr. SS.T.S. 1234/2005 de 21 de octubre; 312/2007 de 20 de abril; 460/2007 de 1 de junio y 659/2007 de 6 de julio). En todas ellas se cita *ad exemplum* como conducta accesorio o secundaria **"el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde se vende e incluso el acompañamiento hasta dicho lugar"**. Los hechos probados no relatan un comportamiento que exceda de esa colaboración, que además no se sustenta en concierto alguno con los vendedores.

El motivo deberá estimarse.

SÉPTIMO.- Renunciados los motivos 6º y 7º, sólo resta hacer referencia al 5º. Se formaliza al amparo del art. 849-2 L.E.Cr. por haberse producido error en la apreciación de la prueba.

1. Se señala como documento el atestado policial, concretamente los folios 24, 25 y 26, en donde se contiene la declaración del testigo protegido y la de los compradores o adquirentes de droga. Se remite al motivo primero que lo da por reproducido.

2. Es indudable que no puede prosperar un motivo por *error facti*, cuando los documentos que se invocan no merecen tal calificativo, dada su falta de literosuficiencia. El atestado no es documento, sin perjuicio que algún dato objetivo que allí se haga constar, en cuanto incorporado por funcionario público en el ejercicio de su cargo, pueda desplegar ciertos efectos probatorios; mas, éste no es el caso.

Pero a mayor abundamiento son documentos intraprocesales y en ellos se contienen declaraciones testificales documentadas, que nada tienen que ver con el concepto de documentos a efectos casacionales.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Las costas de los recursos deben imponerse a los recurrentes Eliseo, Esperanza, Indalecio y Millán, declarándolas de oficio por estimación del motivo cuarto las de Milagrosa y Teodosio, todo ello de conformidad con lo establecido en el *art. 901 L.E.Criminal*.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de los acusados Milagrosa y Teodosio por estimación del motivo cuarto con desestimación de los demás interpuestos por los mismos y en su virtud casamos y anulamos la** sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, con fecha dos de septiembre de dos mil ocho en ese particular aspecto y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en mencionado recurso.

Y debemos DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los acusados Eliseo, Esperanza, Indalecio y Millán** contra la anteriormente mencionada sentencia de dos de septiembre de dos mil ocho con expresa imposición a dichos recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Joaquin Delgado Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil nueve

En el Procedimiento Abreviado nº 169/2007 (antes Dilig. Previas nº 6.195/2007) incoado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Málaga y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Octava, contra los acusados Millán, con antecedentes penales, nacido en Málaga el día 18/2/67 con DNI. nº NUM002 declarado insolvente; Eliseo, sin antecedentes penales, nacido en Málaga el día 5/7/69 con DNI. nº NUM003, declarado insolvente; Esperanza, sin antecedentes penales, nacida en Málaga el día 10/1/75, con DNI. nº NUM004, declarada insolvente; Milagrosa, sin antecedentes penales, nacida en Málaga el día 2/11/70, con DNI. nº NUM005; Teodosio, sin antecedentes penales, nacido en Málaga el día 30/6/75, con DNI. nº NUM006, declarado insolvente y Indalecio, sin antecedentes penales, nacido en Málaga el día 16/10/61, con DNI. nº NUM007, declarado insolvente; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, **que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha**, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha dos de septiembre de dos mil ocho, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con el motivo que se estima.

SEGUNDO.- La aplicación del *art. 29 C.Penal en lugar del 28* hace que el grado de participación de los recurrentes se reduzca a la categoría de cómplice con la disminución de su pena. Así, la procedente oscilaría de 1 año y 6 meses a 3 años.

El *art. 903 L.E.Cr.* hace que tal situación se extienda a los que se encuentran en la misma situación, beneficiándose de tal estimación Indalecio, pero no Millán, al rebasar su conducta los límites de la complicidad, pues según el hecho probado tercero uno de los compradores que fue conducido hasta el lugar de la venta, Luis Andrés, cuando efectúa la operación de compra, el acusado "realizaba funciones de vigilancia para garantizar el buen desarrollo de las mismas". Esta conducta, relatada en el apartado tercero del *factum*, excede de la descripción del apartado segundo únicamente circunscrita a acompañar a dos compradores hasta el lugar de la venta, pues en tanto en cuanto realiza labores de vigilancia refuerza y da seguridad a la actividad de tráfico que otro realiza, desplegando una conducta nuclear dentro del tráfico o transacción de drogas, que supone o implica un tácito acuerdo con los vendedores.

TERCERO.- Consecuentes con lo dicho las penas que deben imponerse a los tres acusados beneficiados por la condena como cómplices son los siguientes:

a) A Milagrosa debe imponerse la pena de 1 año y 6 meses en cuanto concurre en ella la atenuante analógica de drogadicción y multa de 50 euros, con 3 días de arresto sustitutorio caso de impago.

b) A Indalecio, en quien no se apreció ninguna atenuante, aportó documentos que pudieron servir de base a una posible atenuación no completada por la prueba pericial debido a su negligencia, 1 año y 9 meses de prisión y multa de 10 euros con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago.

c) A Teodosio la pena de 2 años de prisión, pena que se halla dentro de la mitad inferior de la procedente, al carecer de circunstancias particulares que aconsejen bajar o subir la pena dentro del punto medio aproximado de todo el recorrido posible. La pena de multa será de 10 euros, con 1 día de arresto caso de impago.

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados Milagrosa, Indalecio y a Teodosio como cómplices de un delito consumado de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, con la concurrencia de la atenuante analógica de drogadicción en la primera y sin circunstancias modificativas en los otros dos a las siguientes penas:

1) A Milagrosa 1 año y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena **y multa de 50 euros con arresto sustitutorio de 3 días** caso de impago.

2) A Indalecio la pena de 1 año y 9 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena **y multa de 10 euros con 1 día de arresto sustitutorio** caso de impago.

3) A Teodosio 2 años de prisión con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena **y multa de 10 euros con 1 día de arresto sustitutorio** caso de impago.

En todo lo demás se mantienen los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en tanto no han sido modificados por ésta.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Joaquin Delgado Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

